

P O R LOS HEREDE-ROS DEL CONTADOR IVAN LOPEZ DE IBAR-TOLA.

CON DOÑA SVSANA MONEL, hija, y heredera de doña Sarra Monel.

REPETITA IVRIS ALLEGATIO, satisfactoria aduersariorum alle-gationibus.

NVNCA ſe puede llegar deuidamente a exagerar el acertamiento de los negocios, adonde los Abogados vemos las informaciones en derecho de nueſtros contrarios: coſa que dio juſto fundamento a que lo pidieſſe el Reyno, y lo concedieſſe ſu Mageſtad, y mandaſe deſpachar cedula en el Real ſeruicio de Millones; para que aſsi como por la ley 9.tit.6.lib.4.recopil.eſtà diſpueſto, que con preſentar cada parte dos eſcritos de âlegaciones en el hecho, ſea auido el pleito por concluſo para prueba, o difinitiua: tambien ſe haga otro tanto en las alegaciones de el derecho.

Cumpliendo pues con el tenor deſta diſpoſicion, por el meſmo orden, y forma que en ſi contiene la reſpueſta de doña Suſana, procederèmos en eſta replica; de la qual: *Sperãdum eſt Chriſto duce, & auſpice Chriſto*: Que ha de eſclarecer con grande euidencia la juſticia que defendemos.

En cinco diuide el Abogado de doña Suſana, los de la juſticia de ſu pretenſion, y dellos el

Primero fundamento.

COmo nunca a los reos eſtà cerrada la puerta para ſus defenſas, y exceſsiones, aunque ſean no ſolo diuerſas, ſino aduerſas, vt notatur in regula nullus pluribus, de regulis iuris, lib.6. dize, que en eſte pleito le compete la excepcion de preſcripcion, y que en fuerça de ella no ſe propone inſtrumento en que ſe pueda fundar la via executiua, que el actor pretende, en conſideracion de que el contrato que ſe pretende executar, dize, que fue otorgado por el año paſſado de ſeiſcientos y veinte y ſiete.

Y que la ſentencia de reuiſta, en que fue mandado guardar, fue por Otubre del año de ſeiſcientos y veinte y ocho. Y el pedimiento de execucion en Seuilla, fue en tres de Febrero del año de ſeiſcientos y treinta y nueue; con lo qual pretende, que de qualquiera de los dos dias de la cedula, o ſentencia, que ſe tome, o comience

mience

mience la computacion, han corrido los diez años, y està prescripta la via executiua, ad textum in l. 63. de Toro.

Este fundamento, lo mesmo que tiene de nouedad, tiene de poca sustancia, y annque no necessitaua mucho de ellas, le daremos toda via las que se siguen.

Primera respuesta.

LO que se executa, y executoriò en este pleito, fuerõ las obligaciones, y escrituras otorgadas por Roberto Marselles, y doña Sarra Monel los años de 611. y 612. porque la cedula de el de 27. ni las alteró, ni mudó ni hizo mas de reducir, y baxar la mayor suma que en ellas era contenida, a la menor que en estotra se concertò, y conuino, y sobre ellas se tratò el pleito, cuyo discurso prueba y muestra, que nunca en este caso pudo auer, ni tener lugar la prescripcion de la via executiua que se intenta; considerado, que quando el pleito que se introduce es en razon de instrumento, y obligacion guarentigia, y llega a contestacion, por ella no solamente se interrumpe la prescripcion por otro tanto tiempo, porque para esso bastaua solamente la citaciõ; sino que se perpetua el derecho, y accion que se litigaua por quarenta años, y esto es muy notorio en practica, y que en llegando a citacion de remate se interrumpe por diez años; pero en llegando a oposicion (porq̃ esta es contestacion) se perpetua por quarenta. Sin q̃ se pueda pretender, que este efecto de la litis contestacion estè quitado, ni alterado por la dicha ley 63. de Toro, vt perperam existimauat Antonius Gomez ibidem num. 3. a quien justamente con Parladorio, Rodrigo Suarez, y otros muchos, nouissimamente reprehende el señor don Iosephe Vela en su decision Hispalense 26. num. 93.

Segunda respuesta.

QVando cessara lo dicho, y aqui se propusieran terminos de prescribir via executiua, tampoco lo es-

tuuiera

tuuiera, porque el dia de ella, no començaua a correr al actor desde el dia de la data de la sentencia, sino desde el dia que se le despachò carta executoria, que era el instrumento en cuya virtud auia de executar, y como parece por la que se executa, esta fue dada, y despachada en 31. de Março de 629. años, desde el qual dia hasta 3. de Febrero de seiscietos y treinta y nueue, que fue quando en Seuilla se pidio la execucion en virtud de ella, no auian passado diez años; y assi no ay que tratar en este caso de prescripcion de via executiua.

Tercera, y vltima respuesta.

ACcedit, que la causa de auer dilatado, vsar desta carta executoria los herederos de el Contador, fue porque el mesmo Roberto Marcelles, y herederos de doña Sarra Monel su muger, con traças, y cautelas la hizieron lleuar al pleito de el Tesorero Diego de Yanguas, a donde estuuo detenida, y embaraçada, hasta que por autos de el Consejo fue mandada entregar, y boluer en Iunio de 638. de que ay testimonio en esta ciudad, que por no ser necessario, ni embaraçar la justicia, y determinacion de este pleito, no se presenta en el acuerdo.

Segundo fundamento.

DIze, que estas sentencias no condenan a doña Sarra Monel, ni ella se halla contenida, in tenore, & cortice verborum ipsarum, de que saca tres fundamentos, o medios: El primero, que esto solo basta para que se aya, y deua juzgar a doña Sarra Monel por tercera, y contra quien no tenga lugar la via executiua: en comprobacion de lo qual, despues de algunas vulgaridades verdaderas (pero menos bien aplicadas) refiere vnas palabras de Salgado, que dize que son de nuestro caso, de regia protectione, 2. tom. 4 part. c. 8. num. 42. ibi: *Alia ratione, & legitima exceptione potest iste tertius comparere coram executore executorialium, & impedire executionem*

executionẽ earũ, quam contra se vult facere, nempe, quia licet citatus fuit ad causam, & negotium principale cum eo actũ est, tamen in sententia, cuius executoriales exequi mandantur, non fuit nominatus, nec eo in sententia mentio fit, qua quidem de causa legitimè impedit executionem, quæ contra eum locum non habet, nec officit sententia, nam si non sit nominatus, omissus intelligitur, & sic nondum condemnatus: ac ideo non procedit executio aduersus non nominatum in sententia.

El segundo medio es, que el en este caso tan solamẽte se trata de executar el vltimo contrato, hecho entre Iuan Lopez de Ibartola, y Roberto Marselles, el año de seiscientos y veinte y siete; y que supuesto que en el no interuino doña Sarra Monel, ni pudiera, porque ya era muerta, mal se puede estender la execucion a ella. para cuya comprobacion dize, que assi como los pactos informan a los contractos, los conques informan a las sentencias, reduciendolas a aquello que en si contienen, ampliando, moderando, y tal vez alterando lo que en ellas quedaua proueido, si aliàs no los huuiera: y que desto procede, que si el con que se ocasionó de pretension nueuamente deducida, la sentencia es apelable, o suplicable, y se juzga por primera, sin atender a la que antes se auia pronunciado, aunque la entre cõfirmando, ex his, quæ latè el señor Larrea, decisione Granatense 39. per totum.

El tercero medio es, que no puede perturbar esta verdad, el dezir, ni replicarsele, que quando lo precediente obstara, se excluîa, con que los pactos hechos con vno de los correos debendi nocet, & prodest alteri, como si se hizieran con entrambos, maximè quando vienen a ser en vtil y prouecho de entrambos. Porque responde negando totum, in facto, & in iure, pretendiendo probar lo contrario de entrambas cosas: y que consequentemente tambien por este medio falta en el caso presente instrumento en que poder fundar la via executiua contra los herederos de doña Sarra Monel.

Pero, his nihil refragantibus, la via executiua està

muy bien fundada en el inſtrumento de obligacion de doña Sarra Monel, rea, y correa debendi, de mancomun, e inſolidum, con Roberto Marſelles ſu marido en fauor del Cõtador, y ſus herederos, y ſobre ella vna carta executoria del Cõſejo, dõde eſtà cõdenado Roberto Marſelles a ſu obſeruancia, y alli tãbien (vi, & effectu legis operante) Doña Sarra Monel: ſin que obſten, ni ſean de algun peſo, ni momento, los tres medios, o argumentos que ſe han opueſto, que ſe refutan con ſuma facilidad, forma ſequenti.

Al primero.

RESpondemos con ſola vna palabra, que qualquiera moderadamente verſado, hallarà, que la doctrina de Salgado no ſolo no es (como ſe dize) de nueſtro caſo, antes por el contrario ſu antipoda: porque bien es cierto y verdadero lo que el reſuelue; y que aunque alguno aya ſalido al pleito, ſi toda via no es pueſto, y nominado en la cabeça de la ſentencia, y condenado en el cuerpo della, procede muy bien el que ſe llame tercero, y que diga, y oponga a ſu contrario *de me non loquitur ſententia, neq; adhuc ſum condemnatus*. Y a eſto antes fauorece que deſayuda el que, aunque ſali, y liguè, toda via el juez me prefirio, y no condenó; con que me hallo omitido, & in diſpoſitione iuris communis, argumento, l. cõmodiſsimè, ff. de liberis, & poſthumis, y cõſequentemente en la libertad natural, y con la preſũcion que por ella eſtâ firmiſsima, mientras la ſentencia del juez, condenandome, no me tiene cautiuado, l. Arrianus, ff. de actionibus, cum vulgatis.

Totum contrarium, & omnino antipoda, ſe halla en el caſo deſte pleito, adonde en ſiendo vno reo debẽdi (aunque no ſe contenga en la ſentencia dada contra ſu correo, ni aya litigado en el pleito, ni tenido noticia alguna de el) la vnidad de la obligacion obra (junta la autoridad de la ley) vt & litigans, & citatus, & nominatus in forma, & tenore ſententiæ habeatur, y ſe dè contra el mandamiento de execucion, como contra

tra

tra su correo, sæpè citata l.20.tit.22.part.3 ibi: *Quando dos omes se fiziessen deudores de otro, sobre vna cosa misma, cada vno por todo, el juizio que fueße dado contra alguno de estos sobredichos, en razon de aquellas cosas, empeceria a los otros; maguer, y no fuessen acertados a la sazon que lo dieron.*

Al segundo fundamento.

SE responde con mucha mas facilidad; que se deuiera, y deue aduertir, y distinguir entre conques, y cõques: y que si bien es verdad, que esta diccion, *con que*, o *con tanto*, Latinè *dummodo*, es muy põderosa, y obra grãdes efectos en las disposiciones que se halla; y algunas vezes importa condicion, y otras modo, vt bene per dominum Molina, lib.2.cap.15.à num.28. Pero nunca en el caso presente de las cantidades quotitatiuas, o todos de las sentencias primeras, o vnas mesmas de mayor cantidad, respeto de la menor: porque en este caso proceden las reglas vulgares, y axiomas juridicos, *in maiori summa inest minor, in toto partem non est dubium contineri*, regula plus 35. regula in toto 80.ff. de regulis iuris, lib.6.l.1.§.si stipulanti, ff. de verborum obligatio. cap.1.de arbitrijs, lib.6.cum sexcentis alijs; de que resultan en derecho los dos efectos contrarios, a lo que en vno, y otro menos aduertidamente supone el Abogado de doña Susana; a saber, el primero, que si muchos jueces en la sentencia condemnatoria discuerdan en la suma, la menor haze sentencia, dict. cap. 1. de arbitrijs, lib 6. cum vulgatis. Y el segundo (corolario del precediente) que si la sentencia de vista fuere condemnatoria en ciento, y la de reuista la confirmare, *con que sean cincuenta*, no tiene que ver con esto la informacion que llama el Abogado, sino que de tal manera son conformes estas dos sentencias en los cinquenta, como si la primera, confirmada, huuiera condenado solamente en ellos; y assi no ha lugar en este caso suplicacion de el *con que*, por lo menos, y sin controuersia de parte de el reo condenado, como lo fue doña Sarra en esta sentencia, vt cum iuditio (eleganter como siempre)

nos lo enseñó a los Abogados el señor Presidente Couarrubias, cap. 25, practicar. num. 6. versi. 11 ibi; *Vndecimo prædictæ Clementinæ constitutioni aptari potest alia interpretatio, seruandaq; est, vbi latæ sunt tres sententiæ, quarum prima condemnat in centum; secunda in octoginta: tertia in sexaginta aureis, nam has tres sententias esse conformes in minori summa, cap. 1. de arbitris, lib. 6. quæ opinio, etiamsi vera sit, tũc obtinebit cum ille, cui præiudicat diminutio quantitatis, consentit expressé, aut tacitè, sententiæ lata in minori summa, & denique omnibus quoad illam minorem quantitatem.*

Y se confirma por el texto, in l. diligenter, 5. §. melior. ff. mandati, ibi; *Si cúm tibi mandassem, vt Stichum decem emeres, tu eum minores emeres intra pretium mandatum fecisti.*

Y se comprueba; porque por esta consideracion, y por pedirla, y consentirla los herederos del Contador, sin auer mas notificacion, se les despachó la carta executoria que se executa; cosa que no sucediera, si el cõq tuuiera nueuo grauamen, o admitiera suplicacion, y solamente se despachò en fuerça de esta doctrina: y porque la verdad es, que està confirmada la sentencia de vista, y asi lo contienen las palabras de la de reuista, ibi; *Fallamos, que debemos de confirmar, y confirmamos la sentencia difinitiua en este pleito dada, y pronunciada por algunos de el Consejo de su Magestad en 24. dias del mes de Mayo deste presente año, de que por ambas las partes fue suplicado: la qual mandamos se guarde, cumpla, y execute: Conque, &c.*

Planè, de esto se conoce bien, que la sentencia de vista, que condenaua (exempli gracia) en mil, solamente se califica por el *conque*, a quinientos: pero en los quinientos no ay, ni puede auer duda, que se halla vna executoria corriente en fauor del actor, y de que no puede suplicar el reo condenado.

Al tercero fundamento.

SE responde con no menos facilidad, que de lo que està dicho se conuence; y que en quanto a lo primero, es innegable en el hecho, que la diminucion de la canti-

cantidad verdaderamente debida, y la reducion por la cedula contuuo summo fauor, y vtil de Roberto Marselles, y doña Sarra su muger; cosa que se demuestra bien, porque el aditamento fue en su fauor, y como beneficium inuito non confertur, l. beneficium, ff. de regulis iuris, l. si quis in conscribendo, C. de pactis; y se contiene en la mesma Cedula, y sentencia, en el punto que Roberto Marseiles, y doña Sarra su muger, y sus herederos, no han aceptado el tenor de la dicha cedula, y sentencia en su fauor, y en el termino de ella cumplido con hazer la paga de lo que era a su cargo, la sentencia de vista queda, y se halla en su entera fuerça, y vigor, sin que se proponga cosa que le obsista, ni impida su execucion.

19 Y la decision de Antonio Fabro, que dize, que decide este pleito; es assi verdad, pero es en fauor de los herederos del Contador Ibartola, y en conformidad de las doctrinas verdaderas, y juridicas que por su parte estàn alegadas; porque segun ellas es muy cierto; *quod si alter ex reis debendi inscio altero, cum creditore pactus sit de modo vsurarum, quæ ex communi obligatione certàm legem nõ acceperant; non nocebit ea res correo; quominus audiri debeat, si ab vsurarum taxatione recedere velit.* Hoc est, que siendo reos debendi, de alguna suerte principal, y sus reditos; si alguno de los dos solo determinare con el acreedor, cierta ley, o cantidad de reditos (exempli gratia) a razon de a siete, o a diez por ciento; no causarà perjuizio al otro correo, porque este fuera hecho ad augendam obligationem, quod non licet; pero si el caso fuesse su antipoda, & de modo vsurarum, quæ ex communi obligatione certam legem acceperant (como fue en el caso presente) & alter de conseruatione, vel moderatione vsurarum pactus sit, contrarium dicẽdum est; quia tunc non ad augendam obligationem, sed potius ad minorandam, vel saltem conseruandam factum est; & in hoc posteriori casu factum vnius, vel in effectu non nocet, sed conseruat; vel veriùs prodest, quod vtrumq; licere non ambigitur.

 Y en

20 Y en quanto a la segũda parte deste funda mento, que toca al derecho, lo que se dixo por los he rederos del Contador, augmentatiuê; nempè, que aunque el conuenio fue en su mero fauor; toda via, quando (sin perjuizio de la verdad) fuera de algun perjuizio, por ser de vn correo debendi, pudiera prejudicar a su correo; està bien prozado por derechos bien entendidos, y aplicados: y aora no necessita de mas respuesta, que la que en el discurso se irà dando a los demas fundamẽtos.

Tercero fundamento.

21 TOda via persiste el Abogado de doña Susana, animosamente, en que la executoria sobre los primeros contratos, seguida con Roberto Marselles (aunque mas doña Sarra se halle obligada insolidum, y de man comun con el) no auiendose litigado con ella, no le puede obstar, ni parir efecto de cosa juzgada contra ella, ni executarse contra sus bienes, y herederos.

22 Para lo qual (tomando la cosa de muy lexos, & incipiendo ab ouo, vt est in veteri prouerbio) dize, que no es menester para esto mas de la regla del titulo (lippis, & tonsoribus nota) en la l.2.C.quibus res iudicata, yel tratado de Tiraquello: *Res inter alios acta, alijs non nocet, neque prodest.*

23 Dize mas, que no le puede obstar la ley de la partida, porque de mas de el principio general, de que se acaba de valer, le ocurre con otras dos reglas de derecho: a saber, la primera, que *alteri per alterum iniqua conditio afferri non debet.* Y la segunda, que *per hominem liberum, qui iuri nostro subiectus non est, nihil nobis quæri potest*: entrambas las quales dize, que se aplican muy bien a los correos debendi, y que en ellas (como tales) se fundò la decision del texto in l.amissi 52.§. finali, ff.de fideiussoribus; el qual dize, que expressamente decide esta resolucion, y que lo notò Donelo latamente en los Comentarios sobre el Codigo, tit.de duobus reis, cap.7. num.2.y Scacia, con otros, en el tratado de re iudicata glossa

glossa 14.q.13.num.18. 5

24 Y despues de probar este intento, con estas autoridades, dize, que a su parecer se prueba esta conclusion por texto expresso, in l, si duo 34 ff. de arbitris, ibi: *Si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, & vnus cõpromisserit, isq; vetit us sit petere, aut ne ab eo petatur: an si alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur*: y que responde el Consulto: *Fortasse peterimus ita fideiussoribus coniungere si socij sint*; de que se dize, que se prueba (iuncta la regla) *quod arbitria ad instar iuditiorum redacta sunt:* que tanto la sentencia, como el arbitramento, no pueden obstar a los correos, sino fueren compañeros.

25 Y dize finalmente, que de aqui interpreta, y saca por corolario su interpretacion a la ley de la partida, que se le opone: *que se ha de entender, quando los reos debendi fueren compañeros, y no de otra manera*: y que en esta conformidad entendio este texto el moderno Ignacio del Villar in sua Sylva responsorum, responso 1. per totũ, maximè à num. 15. adonde lo pretende comprobar por otra ley de partida 17; tit. 11. part. 3. que hablando del juramento, dize: *Otrosi, dezimos, que si algunos compañeros, que fuessen obligados todos de so vno, y cada vno dellos por todo, de pagar, o de hazer alguna cosa a otro, que la jura q̃ hiziesse, y otorgasse alguno dellos a su contendor en juizio en razon de aquella deuda, faria pro, o embargo a el, o a los otros sus compañeros.*

26 Y añade, que no le podràn los herederos del Contador hazer replica con retorcucion de la disposicion desta ley, è que por ser Roberto Marselles, y doña Sara, marido, y muger, eran compañeros, como tales se retorcia la mesma ley de partida: Porque a esto ocurre con algunas replicas, que todas vienẽ superuaquas, porque desde luego protestamos no alegar, ni auer alegado tal compañia para este proposito.

27 Pero his tampoco nihil refragantibus, es euidente la justicia que defendemos, y tan bien fundada como en vna ley del Reyno de Castilla, y en vn tribunal de ella; y a cuyos Abogados està mandado por la ley 16.

tit,

tit.16.lib.2.recopilationis: *Que no sean osados de abogar, ni aboguen en causa alguna, contra las leyes de estos Reynos expressamente.*

28 Con cuya alegacion solamente, parece que se fortifican bien los herederos del Contador Ibartola, por ser, como es, resolución y doctrina muy assentada, y bien fundada en la mesma razon natural (per el argumento à fortiori) que siendo, como es, innegable, que todas las vezes que para algun pleito se alega doctrina de algun autor en terminos (no monstrando ley en contrario) tiene por si la victoria de el pleito conocida. Con quanto mas razon hay debe tener esto lugar, quando no doctrina de autor, sino ley en terminos de legislador se alega? que entonces lex in indiuiduo casum decidens, nullam relinquit dubitationem; vt per plura, & plures latè comprobat Mexia ad l. Toleti, fundamento 1 à num. 1. cum latè sequentibus.

29 Quo supposito, para que se vea con quanta vizarria se responde a este fundamento, le diuidimos (como el se diuide) en dos inspecciones. La primera, en quanto pretende, que por derecho comun, sententia cum vno ex duobus reis credendi, vel debendi obtēta, alijs neq; noceat, neque prosit La segunda, en que pretende, que por derecho deste Reyno (aunque està determinada la question en contrario; y por la parte afirmatiua) se ha de entender quando los dos correos sunt socij, non aliter, nec alio modo.

Prior inspectio.

30 DE derecho comun de los digestos, no solamente era cierto, que la excepcion de la cosa juzgada, obtenida con vno de los reos credendi, vel debendi respectiuè, præjudicaua al otro, sino que antes el dudar desto, era cosa indigna de qualquiera medianamēte versado en el derecho; si se considerase (como debe) que conforme al derecho de aquel tiempo, en el mesmo instante que el correo credendi contestaua el pleito con el deudor sobre la obligacion, y contracto; o

por

por el contrario, el acreedor le contestaua con vno de los dos reos debendi; de tal manera quedaua desvanecida la accion de el vno, y la obligacion de el otro, como si à principio no vuiera sido mas de vno solo acreedor, o vno solo el deudor: porque esta era la fuerça y eficacia que la ley eneste caso daua a la preocupacion, textus apertus in l. 2. ff. de duobus reis, ibi: *Ideoq; petitione, & acceptilatione vnius, tota soluitur obligatio:* textus melior in l. si rem 31. §. si duo, ff. de nouationibus ibi: *Ferè autem conuenit, & vni rectè solui, & vnam in iuditio petente totam rem in litem deducere; item vnius acceptilatione perimi vtriusq; obligationẽ: ex quibus colligitur vnumquemque perinde sibi acquisisse, ac si solus stipulatus esset.*

31 De que resulta, que no podia cuadirse en aquel tiẽpo, de stultitia (vt in l. Domitius de testamentis) la interrogacion de el que consultase, *si la cosa juzgada, litigada con vno de los reos debendi, aut credendi, perjudicaua, o aprouechaua a al otro?* pues le podia a boca llena responder al consulente (como en la mesma ley Domitius) *aut non intelligo de come consulis, aut nimis stulta est cõsultatio tua:* pues si para esto era bastante la litis contestacion: como se podia dudar, ni preguntar, si la executoria, y cosa juzgada podia hazer lo que la litis contestacion auia tanto tiempo que dexaua hecho.

32 Y esta es la razon porque no se halla en todos los digestos texto, ni lugar, adonde se pregunte, ni deduzga en question: *Vtrùm sententia obtenta ab vno ex duobus reis credendi, vel contra vnum ex duobus reis debendi, prosit, vel noceat alij?* Porque supuesta la disposiciõ de aquel derecho in dicta l. 2, ff. de duobus reis, nunca se podia dar caso en que tuuiesse lugar esta inuestigacion.

33 De que resulta, que todos quantos lugares de Antonio Fabro alega el Abogado de doña Susana, extra rẽ para este punto, deuiera dexar, y omitir, y alegarle solamente en vno, adonde no con esta claridad lo dize, sino (por mejor dezir) con buenas palabras reprehende, a quien se atreue a ponerlo en controuersia: y pregunta; id est, lib. 11. coniecturarum, c. 2. columna 2. ibi: *Idem*

Ioãnes ex eo quoque mouebatur, quod exceptio rei iudicatæ, quæ haud dubiè prodest fideiussori, l. exceptiones 7. §. res autem, ff. de exceptionibus, correo tamẽ non posit, argumento l. si duo 34. ff. de arbitris. Sed in hoc reprehenditur non male à Cuiatio, quoniam imo verò non minus correo, quâm fideiussori ea exceptio prodest; perinde ac si nouatione, acceptilatione, aut solutione correus liberatus esset, l. si rem aliquam 31. §. si duo, ff. de nouationibus, nempe quia res iudicata pro veritate habetur, nec fieri potest vt correi absentis obligatio subsistat postquam pronuntiatum est nil deberi.

34 Ergo fit reliquũ, que segun bien fundada jurisprudẽcia, y razon de ella; de derecho antiguo de los digestos por solamente la litis contestacion, y mucho mas por la sentencia y cosa juzgada con vno de los correos credendi, o debendi respectiuamente, se prejudicaua, o aprouechaua al otro.

35 Sin que puedan a esta verdad causar obstancia los dos textos, que el Abogado refiere para dezir, que en este caso, por el derecho de los digestos, era precisamẽte necesario, que los correos fuessen socios; A saber, el primero in dicta l. si duo 34 ff. de arbitris, ibi: *Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniunge si socij sunt*. Porque si bien lo aduirtiera, no ay texto, que bien entendido, mejor pruebe nuestro discurso que este: porque en los compromissos no se dá cosa que pueda prejudicar a el intento, que se acaba de proponer: y aunque arbitria sint redacta ad instar iuditiorum, l. 1. ff de arbitrijs, no son toda via juizios, ni en ellos se dà la peticion, y litis contestacion judicial, a quien solamente el derecho tiene comunicado el dicho efecto en la l. 2. ff. de duobus reis: ni tampoco es sentencia la determinacion del arbitro, que passa en cosa juzgada; ni consequentemẽte se le comunica la grandeza, vt pro veritate habeatur; y asi tan solamente se le obedece por miedo de pagar la pena, nisi pareatur, ac subinde: porque en este caso, no se proponen terminos, adonde pueda auer lugar la disposicion de la ley 2. ff. de duobus reis, por vna parte, ni menos por la otra, el incurso de la pena, quæ

non

non commititur, cum alius petit, vel ab alio petitur, responde el Consulto. *que para aquel caso se requiere precisamente, que sean compañeros*; para que ello mediante, proceda en ellos lo que està dispuesto, respecto del reo principal, y su fiador, in l. aduersus 29.ff. illo eodem titulo, y que faltando la calidad de compañia, no ay causa, ni razon, para que dexe de quedar, como queda, en su entera fuerça y vigor la accion, y obligacion de los correos. Y esto es lo que en concisas, aunque elegantes palabras dixo Paulo in dicta l. si duo, ibi: *Et fortasse poterimus reos ita fideiußoribus coniungere, si socij sunt, aliás nec á te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet á te petatur:* y consequentemente no está cometida la stipulacion penal, ni tiene que temer su exaccion el correo.

36 Y tambien lo declaró el mesmo Antonio Fabro, loco proximè laudato, dando la verdadera razon de diferencia entre el juizio, y el compromisso, y entre la sentencia del juez, y determinacion del arbitrio, ibi; *Longè que alia causa est sententiæ arbitri; quæ sicut nunquam transit in rem iudicatã, ita pro veritate haberi non potest, ideoq; nec ratio vlla est, cur ei stari oporteat, nisi metu pœnæ, quia ex compromisso non exceptio, vt ex re iudicata, sed pœnæ tantúm petitio nascitur, l. 2. & passim. ff. de arbitris, l. 1. C. eodem tit.*

37 Magis infeliciter, se trae para este proposito el texto in dicta l. amissi 52. §. fin. la qual tambien per argumentum á contrario sensu, siue à comparato, prueba bien el mesmo intento que fundamos, aduirtiendose como debe, que si bien deposito, mandato, commodato, & testamento fieri possunt duo rei, vt in l. eandem 9. ff. de duobus reis; toda via es menester que expressamente se diga, *que sean dos reos debendi obligados insolidum, & constitutio duorum reorum fit conuentionalis*: porque (circunscripta esta forma de palabras) aunque por la naturaleza de la causa la obligacion sea indiuidua, vt contingit in pluribus mandatoribus, vel depositarijs insolidum, non tamen proinde dicendi erunt rei credendi, vel debendi; aunque eo ipso fiant quasi duo rei promittendi, cum singuli insolidum teneantur, l. si plures 3. ff.

de

de curatore bonis dando, l. pluribus 34. ff. de procuratoribus, l. ficut certó, §. vltimò, ff. commodati, l 1. §. si apud duos, ff depositi, l. cum mandato 21 in fine, l. si mandatu 59. §. Paulus el tercero, ff. mandati, §. si plures, instituta de fideiussoribus.

38 Pero como aliud est esse tale, vel esse simile, & quasi tale, l. quod nerva, ff. depositi, l. mercis appellatione, iũcta gloss. ff. de verb. sig. a estos quasi reos ex natura ipsa negotij obligados insolidũ, nunca el derecho de los digestos les comunicó, antes expressamente denegò aquel efecto, de que vnius petitione alius liberaretur, antes determinò expressamente, que esto no tuuiesse lugar, sino taxatiuamente in ipsissimismet reis credendi, vel debendi; adonde por palabras expressas conuencionales contrahentes sibi prospexissent, y que no bastasse la obligacion insolidum legal, ex ipsa rei, & negotij natura suadente, vt in duobus depositarijs probat textus in l. 1. §. si apud duos, ff. depositis, & in pluribus mandatoribus, textus in d. l. amissi 52. §. finali, ff. de fideiussoribus; ibi; *Plures eiusdem pecuniæ credendi mandatores, si vnus iuditio eligatur, absolutione quoque sequuta non liberatur, sed omnes liberantur pecunia soluta.*

39 Y lo mesmo, que aquel texto dispone in pluribus mandatoribus; decide in pluribus mandatarijs la ley creditor 60. §. duobus, ff. mandati, ibi; *Duobus quis mandauit negotiorum administrationem, quæsitũ est an vnus quisq; mandati iuditio insolidum teneatur? Respondi, vnumquemque pro solido conueniri debere, dummodo ab vtroque non amplius debito exigatur:*

40 De que resulta ser cosa inciuilissima, y agena de jurisprudencia, traer, y alegar aquel texto, para dos reos debendi, vel credendi, siendo assi que no solamente no habla en ellos, sino en otros, que (para el punto formal de que se trata) son sus antipodas, d. §. si apud duos, ibi; *Aduersus vnũquẽq; eorum agi poterit*, quasi dicat; *& ideo sũt quasi duo rei: nec liberabitur alter, si cum altero agatur*; quasi dicat, *quia sunc duo rei*: y dà la razon de vno, y otro, ibi; *Non enim electione exemplo reorum, sed solutione liberantur;*

exem-

exẽplo duorum tutorũ : y lo fueron hasta tanto que por el nueuo derecho de el Codigo, el Emperador Iustiniano in l. finali, C. de fideiussoribus, & mandatoribus mudò la cosa, y dispuso, que lo que in dicta l. Amisi, §. finali, estaua dispuesto in pluribus mandatoribus, videlicet, quod nedum petitione, imò nec absolutione vnius, alius liberaretur, procedieße tambien en los fiadores, y correos debendi, ibi: *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, vt contestatione contra vnum ex his facta, alter non liberetur, ita & in fideiussoribus obseruari. Et ideo generali lege sácimus nullo modo electione vinus ex fideiussoribus, vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus, vel vno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec insolidum ei pecuniæ persoluantur, vel alio modo satisfiat; idemque in duobus reis promittendi constituimus : ex vnius rei electione præiuditium creditori aduersus alium fieri non concedentes: sed remanere, & ipsi creditori actiones integras, & personales, & hypothecarias donec per omnia ei satisfiat.* Iunctis quæ latè, & eleganter circa illum textum docuit, & explicauit doctissimus Magister noster Feitianus de Solis, de censibus, tom. 1 lib. 5. cap. 2. à num. 5. cum sequentibus.

41 Qua supposita noua Iustiniani decisione, in dicta l. vltima: aora entra bien, & tempestiuè, la question, vtrũ si el acreedor conuiniere al vno de los dos reos debendi solamente, y obtuuiere contra el carta executoria (suponiendose como es llano, que el otro no està libre) es preciso saber, si esta no liberacion requiere, que siga nueuo pleito contra el, como siguió contra el otro; o si la sentencia que tuuo contra el otro, ha de bastar contra el? O, si por el contrario, obtuuiese vno sentencia absolutoria, podia toda via el acreedor seguir de nueuo el pleito con el otro, sin consideracion de la dicha absolutoria, con su correo? O si le auia de aprouechar como al mesmo con quien fue obtenida? Y esto es lo que tan justamente vino a dezir, y determinar nuestra ley de la partida, mil vezes repetida en este discurso, y que otras tantas deue ser celebrada su determina

minacion, pues vino a poner fin, y remate a vna question tan importante, y que della se hallaua tan necessitada la causa publica, como oy lo està fuera destos Reinos, como parece de lo aqui escrito, y de lo que los Autores estrangeros de el tan largamente disputan. Si bien es verdad, que todo ello se conuence, con lo que en breues palabras enseñò el Iurisprudentissimo Antonio Fabro, in loco superiùs laudato, que es lo mesmo q̃ a la letra se halla dispuesto, y legalizado por ley destos Reynos, y sin dexar en ellos mas lugar a disputa, ni cõtrouersia.

Posterior inspectio.

42 LA ley de la partida de Castilla es en si tan clara, y decisiua deste pleito, que no admite ningun comẽto, y menos el que le quiso dar Ignacio de el Villar, y de que se vale la parte de doña Susana, videlicet, *que para que su disposicion tenga lugar, es necessario, que los dos reos credendi, vel debendi, sean compañeros*: a cuya pretension resisten los vulgares principios de derecho, quod *vbi lex non distinguet; nec nos distinguere debemus*; l. non distinguemus, ff. de arbitris. Item, quod *si lex voluisset, expressisset*, l. vnica, §. sin autem, C. de caducis tollẽdis, cap. ad audiẽtiam de decimis. Item, que esta era notabilissima limitacion, y como tal muy digna especial nota, en cuya consideracion es cierto, que todas las vezes que por derecho esta calidad era requisita, siempre se exprimia, vt patet in l. idem, & in l. si vnus, ff. de pactis, & in l. si duo, ff de arbitris; *Notabilia autem, si non exprimuntur, neglecta censentur*, l. ait prætor, versi. ea enim, ff. de iniurijs; ac subinde tantùm abest, que la otra ley de la partida 17. tit. 11. part. 3. (que habla en el juramento judicial) se pueda traer en comprobacion de lo que pretende limitar Ignacio del Villar; que antes por el contrario destruye su intento, por todos los principios que se acaban de ponderar, y que le fuera tan facil a el señor Rey don Alonso repetir en la ley 20. tit. 22 (si se requirieran) las palabras que expressò en la l. 17. tit. 11. part. 3. y pues

3.y pues en aquella las omitiò,y en esta las expressò,cada ley en su caso, se ha de entender, y proceder prout iacet,y sin que la vna,ni la otra necessite de interpretacion, ni subaudicion.

43 Eo maximè,porque es euidente la razon de diferẽcia, y esta consistia en que tambien por el derecho antiguo de los digestos auia la controuersia,si por el iure iurando vnius ex duobus reis, se daua præocupacion, taliter,que entrase la regla de la l. 2.ff.de duobus reis?y se respondia,que si: porque tal era la naturaleza y calidad de dos reos, & melior conditio præocupantis, & litem contestantis, argumento textus in l.si quis is,9. ff.de verborum obligationibus, vbi ait Pomponius: *Finem dandi alteri fore, quando inditium acciperetur:* que es lo mesmo que *lis contestaretur*, vt in l. vbi acceptum,ff. de iuditijs;sed sic est, quód ius iurandum habet vim litis contestatæ,l.nam posteaquam,§.quis si temporalẽ, ff. de iureiurando; ergo ius iurandum nil mirum quod operetur idem,quod litis contestatio operaretur, tam & si correi non sint socij, textus optimus,in l. fideicommissa 11.§.plerumque, ff.de legatis tertio, ibi; *Vnus igitur,qui occupat agendo totum consequitur, ita vt caueat defensum iri aduersus cæteros fideicommissarios, eum qui soluit, siue socij sint, siue non*, vt bene ratiocinatur Antonius Faber in l.in duobus, in principio, & in §.ex duobus, ff.de iure iurando. Pero porque sin embargo de esto la glossa de Azon in d.l.duobus,in principio quiso entender aquella ley,*quod procederet quando duo rei sunt socij*; fundado en la l.si duo, ff.si quis cautionibus: y aunque Oldrado, Alberico, Bartulo, y otros comunmente le reprehenden,prout refert Dominus Gregorius Lopez in d.l.17 tit.11.part.3.verbo, Siendo compañeros,toda via porque(aunque es verdad, que Azon no se hallò, ni pudo hallar a las leyes de la partida,como algunos (errando)pensaron,mouidos por las muchas vezes que se hallan legalizadas en ellas sus opiniones; a los quales cõuence el señor Luis de Molina lib.3.cap.7.à num.23) esta fue vna de ellas. Y assi por la misma razon particu-

lar

lar de hablar en solo esto la glossa de Azon, no se puede, ni deue traer a consequencia para el otro caso, adõde ni Azon tuuo tal opinion, aunque contra derecho, y adonde la ley de la partida no solamente nole aprobò, antes reprobô; si fuera necessario, pues no repitio las palabras que requieren compañia.

Quarto fundamento.

44 NO puede auer duda, en que el Abogado de doña Susana reconoce biẽ la fuerça de la ley de la partida, y el daño que deue hazer a su parte, pues no contento con la precediente, le pretende acumular otra limitacion, y dize, que esta es auerse ganado la Real executoria, en pleito criminal, seguido contra Roberto Marselles, marido de doña Sarra Monel, su rea debendi, por su quiebra, y alçamiento de bienes, y que en este caso no procede la dicha ley de la partida, y prosigue, que si se le respondiere, que fue demanda ciuil la que se le introduxo, constarà lo contrario de los autos adonde parece auerse seguido querella criminal contra el dicho Roberto.

45 Con cuya suposicion de hecho añade, que tampoco ay dificultad en el derecho porque conforme a buena jurisprudencia, para que el reo debendi se llegue a hallar condenado en el pleito que con su correo fue seguido, y la sentencia que en el se pronució le prejudique, es necessario, que aya sido cõuencido por la acciõ de el contrato, en que los dos se hallan obligados, y q̃ esta (ella por ella) sea la mesma que en el pleyto se aya juzgado, y difinido. Pero que si aliàs, otra huuiere sido la accion, y ni en ella, ni en la causa de donde procede no interuiniesse el correo, mal se podria dezir, que en la sentencia que contra el otro se dio, quedò comprehendido el correo; cosa que prueba con vn lugar de Donelo; y lo pudiera escusar, porque es indubitable, y mejor texto para ello las mesmas palabras de la ley de la partida, ibi; *Quando dos homes se fiziessen deudores de otro*

sobre

ſobre vna coſa miſma; cada vno por todo junto, ibi; *El juizio q̃ fueſſe dado contra alguno de los ſobredichos en razon de aquellas coſas empeceria a los otros, maguer ai no fueſſen acertados a la ſazon que lo dieron.*

46 De cuya verdad dize, que procede, que ſi vno de los correos debendi cometiere delito, vel doloſè verſatus ſit, de adonde ſe origine contra el nueua accion, cùm dolus, & delicta ſuos teneant, & non prætergrediantur authores, las acciones que de ellos nacen, ſolamente competen contra los cometedores de el delicto, y el pleito, y litigio que contra ellos ſe fulminare, ni dañarà, ni aprouecharà a ſu correo: para lo qual dize que ſõ textos expreſſos, l. Mora, §. fin ff, de vſuris, l. in condemnatione 173. §. vnicuique, ff. de regulis iuris, y d. l. 1. §. ſi apud duos, ff. depoſiti, y que lo notò doctamente Antonio Fabro lib. 11. coniecturarum, cap. 18. præcipuè à num. 3.

47 De todo lo qual (epilogando) dize, que ſaca por corolario, que la executoria deſpachada en eſte caſo, nunca pudo obrar coſa alguna contra doña Sarra Monel, porque en ella ſe juzgò diuerſa accion, nacida y originada de aquella en que doña Sarra eſtaua obligada, como lo fue la quiebra, y alçamiento de bienes de Roberto Marſelles.

Reſpueſta.

48 AVnque contra el intento, y miedo que tenemos, de que eſte papel crezca mas de lo que deue; y aũ que ſe conoce con euidencia lo poco que en ella neceſſita en hecho, y derecho, no ſe la podemos dejar de dar. Y en ella dezimos lo primero, que todos los textos alegados por Donelo, y Antonio Fabro, cerca de la mora vnius rei alteri nociua, vel non nociua, eſtàn biẽ entendidos, y conciliados en la primera informacion de los herederos del Contador.

49 Dezimos lo ſegundo; que en quanto al §. ſi apud duos, baſta para refutacion de ſu alegacion a eſte propoſito lo que auemos notado ſupra num. 40. adonde

consta, que aquel texto no habla de duobus reis, sino de duobus depositarijs, quasi duobus reis, y que por esta causa, para el punto y materia de que alli se trata, se dà totum contrarium de el vno al otro, tanto en la decision, quanto en la mesma razon de decidir.

50 Dezimos lo tercero, que aunque la proposicion es innegable, y tanto que fuera infirmitas intellectus dudar de ella; toda via a donde Antonio Fabro la dixo cõ eminencia, no fue en el lugar que refiere el Abogado; sino en el libro 11. cap. 2. ibi; *Toties igitur sententia pro vno ex correis lata alteri proderit quoties in rem, non in personam concepta erit, id est, quoties de ipso contractu, & de re, non de persona iudicatum erit, eademq; exceptionis iuris iurandi ratio est, nam & rem totam in iuditium deducere quilibet ex correis solus potest, l. si rem, §. si duo, ff. de nouationibus, & ita accipi debet; si modó ideo interpositum est ius iurandum, vt de contractus iure, & de re, non de porsona iurantis ageretur.*

51 Dezimos lo quarto, que todo lo que de contrario en esto se dize, se desvanece euidentissimamente, negando suppósitum, y que en la dicha carta executoria se disputó, y ventilò el derecho de la cosa, y fuerça de el contracto, y que valor tuuo, y que obligacion produxo, y en ello se fundô la condenacion que se executa par este pleito: con cuya sola palabra se derrueca todo lo que en tan futil fundamento ha pretendido edificar el Abogado de doña Susana.

52 Dezimos lo quinto, que lo que el Abogado quisó tocar (pero mal se puede eplicar a este caso) es otra question bien diferente: *Vtrúm, el juez que en la causa criminal absoluiò de la pena, pueda reseruar, o condenar en el interes de la parte?* Cosa que tambien se ha de entender quando el interese ciuil tiene tal dependencia, y trauazon con lo criminal, que faltando lo criminal, falte (por precisa consequencia) obligacion al interese ciuil, vt in exẽplis propositis in l. vnica, C. quando ciuilis actio.

53 Cuyo antipoda tambien se propone en el caso presente, adonde antes la obligacion del contrato, e interese ciuil, es el principal, y el conditio, sine qua non puede subsistir la criminalidad de alçamiento de bie-

nes

nes: y aſsi eſte nunca puede ſer el caſo , adonde por el meſmo que aya abſolutoria en lo criminal , pariat exceptionem rei iudicatæ en lo ciuil;antes por el contrario , no embargante que no ſe tuuo por bien probado lo acceſſorio(que es el delito de alçamiento) ſe condenó en lo principal , que fue la accion ciuil , procedida de el contrato contenido en el inſtrumento,en que doña Sarra era rea debendi con Roberto Marſelles ſu marido;y aſsi ni ay,ni puede auer duda,que ſe determinò,y ventilò la coſa,y no la perſona, y lo real de el contrato, en que ſaliò condenacion; y no lo perſonal de el delicto, en que huuo abſolucion.

54 Lo ſexto dezimos , que tampoco puede auer duda en que la comiſsion de el ſeñor Licenciado Tomas de Morales(que de eſte pleito en primera inſtancia conociò,fue para lo ciuil,y criminal de la quiebra deRoberto Marſelles, y para hazer pago a los acreedores de ſus creditos:con cuyo preſupueſto, aun en el caſo riguroſo de la queſtion propueſta ay la diſtincion ſiguiente. Que , o el Iuez es meramente criminal , y ſin mixtura alguna de cauſa ciuil, y entõces no es compatible, que abſoluiendo de la criminalidad, pueda condenar en lo ciuil,vt eſt communis opinio per textum ibi, in l.ſolemus,§.latrunculator,ff.de iuditijs.

55 O por el contrario, el Iuez es igualmente competẽte de cauſas criminales,y ciuiles, y entonces, ſi ſimpliciter abſuelue de la criminalidad, y della es dependiẽte lo ciuil,queda por la ſentencia deſtruido lo ciuil.Pero ſi abſoluiò en lo criminal,y reſeruò en lo ciuil, queda reſeruado: y ſi condenò en lo ciuil, queda condenado , y lo puede muy bien hazer, de la meſma forma, y manera , que ſi ſola y ſimplemente huuiera conocido de lo ciuil, como podia:vt cum multis docuit,& diſtinguit Vincentius Carrotius deciſione 54. á num. 3. cum ſequentibus. Y eſte vltimo caſo(per argumentũ á fortiori)es el que ſe aplica al preſente ; con que no recibe duda alguna , auer el Conſejo ſupremo de Caſtilla(vnica fuente y principio de la juriſdicion ciuil, y criminal

minal de España) conocido, y determinado este pleito sobre y en razon de los contratos, en que doña Sarra Monel es rea debendi, y conobligada con Roberto Marselles su marido.

Al quinto, y vltimo fundamento.

56 BAste por respuesta lo que està dicho en la primera informacion, añadiendo solamente, que tan lejos està y se halla, que Roberto Marselles coludiesse, o menos bien defendiesse este pleito en la tercera y vltima instancia, que antes en ella se defendió con mayor eficacia, y fuerça, multiplicando alegaciones, en razon de aquello mesmo que doña Susana dize, que deuiera alegar, y no alegò contra la justicia del contrato, que por este pleito se halla executoriado. Y asi es euidente, que no se propone cosa que pueda, o deua impedir la justicia de los autos de mandamiento de execuciõ, y citacion de remate de el Ordinario, que estàn reuocados en vista. De que los herederos del Contador justamente pretenden, y esperan reuocacion en reuista, y asi lo esperan. Saluo, &c.